

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA EN KELSEN: NOTAS DE LECTURA

GREGORIO PECES-BARBA MARTINEZ

La publicación de una edición castellana rigurosa, por el doctor ALBERT CALSAMILIA, de escritos de KELSEN, que podríamos identificar con los problemas de la justicia, del Derecho que debe ser, me parece un gran acierto. Los trabajos son, en general, de su etapa norteamericana, publicados a partir de los años cuarenta y recopilados en una antología de escritos de política jurídica «What is justice?» (1). Algunos de esos escritos ya habían sido publicados, en lengua castellana, en América latina. Así, por ejemplo, el trabajo que da título al conjunto del libro, aunque titulado «¿Qué es la justicia?» y traducido por el profesor ERNESTO GARZÓN VALDÉS, fue publicado, en 1962, por la revista de la Universidad Nacional de Córdoba, en Argentina (2). También el trabajo «Los juicios de valor en la ciencia del Derecho» está publicado en Argentina y luego en Méjico, en otra recopilación de escritos de KELSEN titulada «La idea del Derecho natural y otros ensayos» (3). Finalmente, y con el título de «El absolutismo y el relativismo en la filosofía y en la política», se publica este trabajo con traducción del profesor VERNENGO en Argentina (4). Algunos de esos trabajos como «Causalidad y retribución» habían sido publicados originariamente en alemán, y de esa versión traducidos también al castellano (5).

(1) University of California Press, Berkeley, California, 1971.

(2) De este trabajo hay otra edición argentina de editorial Leviatán, Buenos Aires, 1981, con traducción de LEONOR CALVERA, de la edición francesa titulada «La Prière».

(3) La primera edición es la argentina de editorial Losada, Buenos Aires, 1946, y la traducción del trabajo *Los juicios de valor en la Ciencia del Derecho*, es de GUILLERMO GARCÍA MAYNEZ.

(4) Primero en *La Ley*, Buenos Aires, 1946, y luego en *Hechos e Ideas*, Buenos Aires, 1950.

(5) El título original «Die entstehung des Kausalgesetzes aus dem vergeltungsprinzip» se publicó en 1939 en *The journal of Unified Science* (Erkenntnis), vol. 8, 1939, y aparece también en castellano en versión de FRANCISCO AYALA con el título de «La aparición de la Ley de Causalidad a partir del principio de retribución», en la obra ya citada *La idea del Derecho natural y otros ensayos*.

Por otra parte, KEISEN, aunque centralmente conocido por su teoría pura del derecho, ha publicado sobre estos temas de teoría de la justicia o de política jurídica otros muchos trabajos, y quizá sea obligado citar, entre ellos, el trabajo «Justicia y Derecho natural» (6), y también el que da título a la obra «La idea del Derecho natural» a la que ya nos hemos referido (7).

El profesor CALSAMIGLIA es, sin duda, uno de los mejores conocedores españoles actuales de la obra de KEISEN, como lo demuestra en sus trabajos anteriores (8). También aquí tanto la elección de los trabajos de KEISEN como su estudio preliminar confirman esa opinión.

Este estudio preliminar, crítico respecto a las posiciones kelsenianas sobre la idea de justicia, acepta de KEISEN su crítica a las posiciones iusnaturalistas, pero rechaza, con razón, la identificación, desde una concepción positivista de la ciencia, de las ideas de ciencia y racionalidad, que llevan a KEISEN a no compartir la posibilidad de una teoría racional de la justicia, y le conduce a posiciones subjetivistas y emotivistas. Parece que, fracasada la aventura del idealismo iusnaturalista no cabe una reflexión racional sobre el Derecho justo, y, sin embargo, como señala CALSAMIGLIA, el normativismo posterior a KEISEN, y especialmente BOBBIO, en la cultura jurídica continental, y HART en la cultura jurídica anglosajona, sí abordan el tema con notables aportaciones. En España es ésa también la posición, por ejemplo, del profesor ELÍAS DÍAZ. Por mi parte, a través de la doctrina de los derechos fundamentales, intento una vía con la misma intención, por supuesto no cerrada, sino, por el contrario, abierta a nuevas reflexiones.

Como dice CALSAMIGLIA al final de su estudio preliminar: «Frente al callarse porque no se puede hablar», cabría oponer el «hablar porque no podemos callarnos», aunque nuestro hablar no sea absolutamente riguroso. El saber puede esperar muchas más sugerencias de los que hablan que de los que callan (9).

En el estudio preliminar que comentamos se estudia con lucidez el punto de vista de KEISEN sobre la ciencia y sus límites, y también los supuestos del pensamiento actual que desbordan el estrecho marco del concepto positivista de la ciencia y que hacen posible abordar la difícil construcción de la teoría de la justicia. Por consiguiente, sin infravalorar el ingente esfuerzo científico kelseniano para dar un estatuto científico respetable al Derecho, del que derivan sus posiciones sobre los problemas de la justicia, parece razonable la conclusión de CALSAMIGLIA: «... el concepto de ciencia y el concepto de racionalidad kelseniana no han sido superados...» (10). Sólo una objeción tendríamos que hacer, por defecto, al excelente trabajo introductorio del profesor de Barcelona. En el principio de este comentario lo apunto. Para ser una edición crítica de la obra de KEISEN hubiera sido conveniente una información sobre las ediciones y las circunstancias de la publicación de cada uno de los trabajos. Esto es especialmente conveniente en autores como KEISEN, muy prolíferos, no exentos,

(6) Versión castellana de ELÍAS DÍAZ, publicada en la obra colectiva *Crítica del Derecho natural*, con introducción general, asimismo, del profesor ELÍAS DÍAZ, Taurus, Madrid, 1966.

(7) La edición original «Die idee des naturrechts» apareció en el vol. 7 de la *Zeitschrift für öffentliches Recht* (1927) y la traducción castellana es del profesor FRANCISCO AYALA.

(8) *Vid.*, su artículo «HANS KEISEN: ensayo para una crítica interna» publicado en esta misma revista, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense en 1974 y también el libro *Kelsen y la crisis de la Ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona, 1974.

(9) Estudio preliminar en edición citada p. 34.

(10) Estudio preliminar, citado, p. 26.

por consiguiente, de algunas reiteraciones y con publicaciones en alemán, en inglés y en francés. Al profesor CALSAMIGLIA le hubiera supuesto poco esfuerzo este trabajo.

Si analizamos ya los trabajos de Kelsen, debemos señalar que no han perdido interés pese a la superación de su punto de vista.

El primero de ellos, que da título al libro *¿Qué es Justicia?* (pp. 35 a 63), está basado en la lección magistral que Kelsen impartió el 27 de mayo de 1952, con motivo de su jubilación en la Universidad de California. Intenta responder a la pregunta sobre lo que sea la Justicia y acota, en una tradición que le vincula, por ejemplo, con DAVID HUME (11), su existencia a aquellas sociedades en las que existen conflictos de interés, que son todas las históricas humanas, aunque en el horizonte utópico se conciben sociedades que hayan superado los conflictos de intereses, como en la última fase de la sociedad comunista que describe MARX en la «Crítica del programa de Gotha».

Con su rigor habitual, Kelsen analiza, y hay reminiscencias de otros trabajos, las diversas posiciones que han pretendido fundamentar una teoría objetiva de la justicia, y analiza los diversos y plurales contenidos materiales de sus normas básicas respectivas: el principio de retribución, el principio de igualdad, la llamada regla de oro de que «hay que actuar con los demás del mismo modo que quisiéramos que ellos actuaran con nosotros», el imperativo categórico kantiano «compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal», la idea aristotélica de la «mesotes», etcétera. Concluye en la imposibilidad de construir una teoría objetiva de la justicia, por imposibilidad de establecer, según dice, «... en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana...» (12). Por eso sostiene la existencia de una justicia relativa, que él defiende, rechazando las acusaciones de amoralidad, e incluso de inmoralidad, que le atribuyen autores como MARITAIN, por ejemplo (13). Su conclusión le llevará a decir lo que es la justicia para él, consecuentemente con toda su exposición. Es la teoría liberal de la Justicia: «...Sólo puedo estar de acuerdo en que existe una justicia relativa y puedo afirmar que es la justicia para mí. Dado que la ciencia es mi profesión y, por tanto, lo más importante en mi vida, la justicia para mí se da en aquel orden social, bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad. Mi justicia, en definitiva, es la de la libertad, la de la paz; la justicia de la democracia, la de la tolerancia...» (14).

Mantiene, a mi juicio, mucho valor el texto de Kelsen, útil, aún hoy, especialmente en España, donde es poca toda insistencia en la relativización de los valores de justicia que cada uno asumimos, para evitar la confrontación civil y hacer comprender la democracia. Desde otro nivel, sin embargo, es cierto que el pensamiento jurídico, «La teoría de la justicia», puede avanzar mucho más que en Kelsen, sin abandonar la racionalidad en el ámbito de la filosofía del Derecho.

(11) *Vid.*, HUME «Encuesta sobre los principios de la moral» (1751), la sección tercera, donde trata el tema de la Justicia.

(12) *Obra citada*, p. 58.

(13) La acusación se refiere a la justificación relativista de la democracia. MARITAIN, para concluir una larga reflexión sobre el tema en Kelsen, dirá: «Imposible resumir más exactamente un conjunto de postulados más bárbaros y más erróneos...» *Vid.*, *Tolérance et Vérité*, versión escrita de la conferencia «Truth and human fellowship», pronunciada en 1957 en el Graduate College Forum de la Universidad de Princeton, en la obra *Le Philosophe dans la Cité*, Alsatia, Paris, 1960.

(14) *Obra citada*, p. 63.

El segundo trabajo, «La doctrina del Derecho natural ante el Tribunal de la Ciencia» (pp. 64 a 112), se publicó en diciembre de 1949 en *The Western Political Quarterly*. Su intención, concretada al Derecho natural, tiene una finalidad similar que la anterior. Pretende analizar la respuesta que dan las doctrinas iusnaturalistas a la pregunta sobre el Derecho justo, que parten del postulado de que «... es posible deducir de la naturaleza, o sea de la naturaleza humana, e incluso de los objetos naturales ciertas reglas que ofrecen normas de conducta humanas en general satisfactorias. También implica que, mediante un examen detallado de los hechos naturales, se puede encontrar la solución justa a nuestros problemas sociales. Se considera a la naturaleza como legislador supremo» (15).

Sin embargo, si se comparan las respuestas de las ciencias físicas y naturales, dirá KEISEN, con las respuestas de las ciencias morales o jurídicas se verá que estas últimas no tienen respuestas exactas, como las primeras.

«...Un individuo puede inclinarse emocionalmente a preferir la libertad individual; otro, la seguridad social; uno, el bienestar del individuo; otro, el de la nación. No puede demostrarse mediante consideraciones de tipo racional que uno tiene razón y el otro está equivocado...» (16).

Las respuestas contradictorias que un examen histórico pone de relieve confirman, según KEISEN, y es cierto, la existencia de tantos iusnaturalismos como autores. HOBBS, PUFFENDORF, GROCIUS, LOCKE, KANT, ROUSSEAU, CUMBERLAND, MORELLY, e incluso los sociólogos del siglo XIX; por ejemplo, COMTE y SPENCER, que aplican el mismo criterio iusnaturalista «... porque infieren el “debe” a partir del “es”» (17) confirman su tesis. También identificará, con el iusnaturalismo en sentido amplio, al punto de vista histórico que adoptan HEGEL y MARX.

Dirá, para terminar, que «... es mentira que la doctrina iusnaturalista sea capaz de determinar de modo objetivo lo que es justo...» (18), aunque pueda ser una mentira útil.

En el tercer trabajo que incorpora CALSAMIGLIA a la recopilación «Absolutismo y relativismo en filosofía y en política» (19), KEISEN compara esas posiciones en ambos campos.

«... El paralelismo que existe entre el absolutismo filosófico y el político es evidente. La relación que existe entre el objeto de conocimiento, lo absoluto y el sujeto de conocimiento, el ser humano, es muy semejante a la que existe entre el gobierno absoluto y sus súbditos. El poder ilimitado de este gobierno no recibe ninguna influencia de los súbditos que están obligados a obedecer las leyes, sin participar en su creación. De modo semejante, lo absoluto sobrepasa nuestra experiencia y el objeto de conocimiento, en la teoría filosófica del absolutismo, es independiente del sujeto de conocimiento, que se ve totalmente determinado en su conocimiento por leyes heterónomas. Se puede perfectamente decir que el absolutismo filosófico es un totalitarismo epistemológico...» (20).

(15) *Obra citada*, p. 64.

(16) *Obra citada*, p. 69.

(17) *Obra citada*, p. 94.

(18) *Obra citada*, p. 112.

(19) Publicado en inglés en octubre de 1948 en la *American political Science Review*.

(20) *Obra citada*, p. 118.

No cabe duda de que la tesis, que no es original en KELSEN (21), es atractiva y probablemente pueda explicar algunos de los orígenes históricos de la democracia política, pero también es cierto que hoy sectores no relativistas, como grupos de pensamiento cristiano o de pensamiento socialista marxista, se sitúan plenamente en el ámbito del pensamiento democrático; si creen con una firmeza cierta en el valor de sus raíces ideológicas; sin embargo, aceptar que los hombres lleguen a ellos libremente o no los acepten y, por consiguiente, se opongan a ellos, a través de las reglas del juego democrático, punto de vista que a KELSEN se le escapa (22).

En este trabajo reitera KELSEN la posición, que hoy es idealista, y no responde a la realidad de que las doctrinas relativistas, que coinciden con la concepción democrática, suponen, desde el punto de vista del Derecho, la sumisión de su ordenamiento al ordenamiento jurídico internacional. Hoy, ciertamente, ese signo no es distintivo de las democracias, y se puede decir que pocas, por no decir ninguna, se identifican con él. Desgraciadamente su idea de que «... el Estado representa únicamente un estadio intermedio entre la comunidad internacional y las diversas comunidades legales establecidas dentro del Estado, de acuerdo con su derecho nacional», es sólo una bien intencionada posición, muy propia de la Europa de Versalles, que incluso se refleja en el Pacto Briand Kellog y en algunas Constituciones de esa época, pero que es difícil de sostener en 1949, fecha del artículo de KELSEN. Una vez más, la teoría pura del Derecho cierra la perspectiva de la realidad del poder, hecho fundante básico de los ordenamientos nacionales e inexistente en el Derecho internacional.

El siguiente trabajo «Los juicios de valor en la ciencia del Derecho» (23) no es propiamente un trabajo exclusivamente de Teoría de la Justicia. Ciertamente que reproduce temas de la Teoría Pura del Derecho o anticipa temas de la Teoría General del Derecho y del Estado, pero tiene a mi juicio interés, además de por la crítica de la teoría psicológica del Derecho, de la norma jurídica como expresión de una voluntad, por la justificación de la teoría normativista de los juicios de valor. Se reducen los juicios de valor jurídicos al enjuiciamiento de la conducta de los individuos según las normas del Derecho Positivo (24). Es una reducción positivista, que limita la objetividad a ese tipo de juicios de valor, negándose a los juicios de valor de justicia, posición que ya hemos analizado críticamente con anterioridad. Pero quizá lo más interesante del trabajo sea un tema de Teoría del Derecho que matiza

(21) *Vid., Esencia y valor de la democracia*, traducción castellana de RAFAEL LUENGO TAPIA y LUIS LEGAZ LACAMBRA. Labor, Barcelona, 1934. Nueva edición en Guadarrama. Madrid, 1977.

(22) Para no hacer excesivamente largo este comentario me limito a constatar la coincidencia de estas posiciones de KELSEN con las conocidas del profesor TALMON en *The Origins of Totalitarian democracy*. Secker and Warburg, Londres, 1952, y en *Political Messianism. The romantic phase*, publicado en 1960 en la misma editorial (ambos están publicados en castellano en editorial Aguilar).

(23) Publicado originariamente en el *Journal of Science, Philosophy and Jurisprudence*, en julio de 1942.

(24) Así dice: «... La conducta de los individuos puede juzgarse según las normas individuales establecidas por los tribunales (y otros órganos aplicadores del derecho) o directamente según las normas generales contenidas en las leyes y en base a las cuales los tribunales (y demás órganos aplicadores del derecho) toman sus decisiones. Según esta división, afirmar que la conducta de un individuo es legal (o ilegal) puede significar que esta conducta corresponde (o está en contradicción con) una ley o una norma consuetudinaria en base a la cual se toma la decisión judicial (obra citada, p. 141).

las posiciones de Kelsen anterior sobre la norma hipotética fundamental, o norma fundamental hipotética, como prefiere traducir el profesor CALSAMIGLIA. Me refiero al principio de efectividad que supone un reconocimiento de la importancia del hecho del Poder, que impone efectivamente ese Ordenamiento jurídico, o como dice Kelsen más enmascaradamente que «los órganos e individuos de ese orden se comportan mayoritariamente de acuerdo con las normas de ese Orden...» (25). Aunque la causa de ese comportamiento sea en parte, el acuerdo con las normas del referido Orden, es evidente si no se quiere incurrir en idealismo cuasi anarquista, que en parte también ese comportamiento deriva de la existencia del Poder que sostiene al Ordenamiento. Pero donde más claro queda esto es cuando Kelsen vincula el principio de efectividad con una situación revolucionaria.

«... La revolución consiste en el hecho de que una Constitución sea sustituida por otra no por sus propias exigencias sino utilizando la fuerza. Según los juristas, lo que priva a la Constitución anterior de su validez, de su existencia legal, es justamente el hecho de que haya dejado de ser efectiva, es decir, de que haya cesado de corresponder a la norma básica general que establece el principio de efectividad...» (26). No me parece dudoso que aquí se puede identificar lo que Kelsen llama la norma básica que establece el principio de efectividad con el poder.

El quinto de los trabajos de Kelsen que se publica en esta edición «El Derecho como técnica social específica» es reproducido de su edición inglesa publicada en la University of Chicago Law Review en diciembre de 1941. Es un resumen de muchas posiciones anteriores y también preparación de su publicación norteamericana central «La Teoría General del Derecho y del Estado» (27). No es principalmente un trabajo de Teoría de la Justicia, sino de Teoría del Derecho, centrado en la idea de que el Derecho es un orden coercitivo que monopoliza el uso de la fuerza. El núcleo central de su reflexión se dedica a la teoría de la sanción, aunque existen referencias, ya vistas en otros trabajos, a su teoría relativista de la Justicia. Me parece que su mayor interés está en la concepción liberal del Derecho que se refleja, pese a sus intentos en toda su obra —a mi juicio imposibles— de pureza y de incontaminación ideológica. Ya aparece esa perspectiva en la identificación de las sanciones como categoría general con una de sus especies, la sanción negativa o pena. El Derecho como técnica social dirá «... consiste en provocar la deseada conducta social de los hombres a través de una amenaza coercitiva en caso de que se produzca una conducta contraria...» (28). Sin embargo, cada vez más el Derecho contiene también sanciones positivas o premios para incentivar positivamente la conducta de los ciudadanos en lo que Bobbio llama la función promocional del Derecho (29). El desconocimiento o la poca valoración de esta función promocional, importante tarea del Derecho en el Estado

(25) *Obra citada*, p. 144.

(26) *Obra citada*, p. 144.

(27) La edición original en inglés *General Theory of Law and Stater* aparece en 1945. Hay edición castellana de EDUARDO GARCÍA MAYNEZ desde 1949. La segunda edición es de 1958 y la segunda reimpresión de 1979, diez años después de la primera (UNAM, México).

(28) *Obra citada*, p. 158.

(29) *Vid.*, en «Dalla Struttura alla funzione» Comunità, Milán, 1977, los trabajos *Le sanzioni positive*, pp. 33 y ss., *La funzione promozionale del diritto*, pp. 13 y ss., y *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen*, pp. 187 y ss: Los dos primeros están traducidos al castellano por el profesor ALFONSO RUIZ MIGUEL en su edición de Bobbio *Contribución a la teoría del Derecho*, FERNANDO TORRES, Valencia, 1980.

Social y Democrático de Derecho como lo demuestra la Constitución Española (30), es un signo de que Kelsen tiene en la cabeza al Estado Liberal de Derecho que cumple dos funciones principales, la de garantía de la autonomía individual y la de represión en caso de violación de esa autonomía, siempre a través de sanciones negativas.

Pero donde quizá se concrete definitivamente el modelo de Estado, que subyace en Kelsen, es cuando en este trabajo se refiere a los intereses que hacen posible una comunidad. Estos intereses que se articulan desde una perspectiva puramente individualista son «... la vida, la salud, la libertad y la propiedad de los demás...» (31). Ambos extremos, intereses individuales y sanciones para protegerlos, están relacionados. «... La interferencia mediante la fuerza en los intereses de los demás, es decir, la medida coercitiva, funciona como delito y como sanción. El Derecho es un Orden según el cual el uso de la fuerza queda prohibido únicamente como delito, es decir, como condición; pero está permitido como sanción, es decir, como consecuencia...» (32).

Este inteligente y elaborada matización sobre la fuerza permitida, el Derecho como organización de la fuerza, y la fuerza prohibida, el delito, encubre unos intereses históricos concretos —especialmente la propiedad— que representan las aspiraciones de la burguesía en el Estado liberal de Derecho.

El siguiente trabajo «¿Por qué obedecer al Derecho?» no me parece que haya sido publicado con anterioridad a la edición de «What is Justice?». El profesor Calsamiglia no lo señala. Mi hipótesis es que se inserta directamente y por primera vez en esa edición. No tengo elementos para pensar otra cosa, aunque muchas de las ideas del corto artículo —el más breve de toda la edición— se encuentran en otros trabajos de Kelsen. Ese es el caso de la reflexión sobre la norma fundamental. Me parece interesante y no recuerdo haberla visto en otros trabajos de Kelsen, su afirmación de que la norma básica hipotética es el fundamento, no sólo del positivismo legal, sino también del Derecho Natural y de la Teología cristiana porque éstas «... no vienen dictadas por la Naturaleza o por Dios, sino que son hipótesis que estas doctrinas presuponen...» (33).

La idea de Kelsen es, en definitiva, que todo Derecho válido debe ser obedecido y por eso aunque titula el trabajo «¿Por qué obedecer al Derecho?» se refiere al concepto del Derecho válido, indagando su origen y su sentido. Debí llamar al trabajo «¿Qué es Derecho válido?», aunque para él los dos títulos sean intercambiables, porque investigando cuál es el Derecho válido se está afirmando la razón para obedecer al Derecho y es que éste sea válido. Hobbes habrá pretendido justificar la obediencia al Derecho identificando validez con justicia y Kelsen prescinde de la justicia y lo justifica sólo desde la validez.

Los trabajos séptimo y octavo están muy relacionados entre sí, incluso se repiten en partes importantes. Son «Causalidad y retribución» (34) y «Causalidad e imputa-

(30) Sobre este tema, *vid.*, en mi libro en colaboración con el profesor LUIS PRIETO *La Constitución española de 1978: Un estudio de Derecho y Política*, FERNANDO TORRES, Valencia, 1981.

(31) *Obra citada*, p. 160.

(32) *Obra citada*, p. 161.

(33) *Obra citada*, p. 190.

(34) Publicado en *Philosophy of Science*, en octubre de 1941.

ción» (35). Sólo de manera lateral tratan de temas de Teoría de la Justicia. Son trabajos de Teoría del Derecho y de Teoría de la Ciencia Jurídica. Para la Teoría de la Justicia, me parece que sólo interesa la reflexión entre determinismo y libre albedrío, en el segundo trabajo «Causalidad e imputación». El libre albedrío, la libertad humana se sitúan, para Kelsen, en el mundo de las normas jurídicas morales o religiosas, es decir, en el mundo de la imputación. Así dirá: «... La afirmación según la cual la voluntad es libre, en un sentido correcto, no se refiere a la esfera de la realidad natural, sino a la esfera de la validez de las normas morales o legales. Ya que el libre albedrío está esencialmente relacionado con la responsabilidad moral y legal, es decir, con la imputación. La responsabilidad no existe en la realidad natural. La responsabilidad viene de un orden normativo como la moral o la ley. El electrón no es responsable de verse reflejado o no en un cristal, porque no se considera que se halle bajo un sistema moral o legal. Por tanto en mecánica cuántica, no se puede llegar a ninguna conclusión sobre el libre albedrío. Este concepto no significa que la voluntad humana y, por tanto, la conducta humana causada por esta voluntad es el extremo de una imputación normativa» (36).

Por fin el último trabajo que se publica «Ciencia y Política» se reproduce de la *American Political Science Review* (37). Aunque no es un trabajo típico de Teoría de la Justicia, sí que es representativo de las preocupaciones de Kelsen en esa materia, y, por consiguiente, su crítica de la Teoría de la Justicia, como un conocimiento racional, con un fundamento aunque sea histórico, le lleva a introducir, para potenciar esa crítica, elementos de Teoría de la Ciencia. Será precisamente la comparación del conocimiento científico sobre el Derecho, tal como lo concibe Kelsen, lo que excluirá el carácter científico de los juicios de valor sobre el Derecho que debe ser. Esos juicios de valor del Derecho que debe ser se identifican en Kelsen con la política.

«... Admitir la separación entre la ciencia del Derecho positivo y la Política implica que el jurista, al describir su objeto, debe evitar los juicios de valor políticos como juicios que se refieren a normas distintas de las del Derecho positivo, y especialmente, debe evitar evaluar el objeto de estudio como justo o injusto. La autoridad legal, no el jurista, es quien debe preferir algo por justo o injusto...» (38). La identificación de lo justo con un juicio de valor político, y consiguientemente la atribución a la «autoridad legal» de la competencia para emitir ese tipo de juicios, con exclusión del jurista, es el último paso de una posición que en esta obra se repite de considerar relativos y subjetivos los juicios de valor sobre el Derecho justo. Frente a esa posición, una vez más, me parece necesario recordar que si bien el carácter científico de los juicios de valor de la Justicia es muy cuestionable y Kelsen tendría razón en ese ámbito, eso no excluye la posibilidad de una reflexión racional, filosófica, sobre el Derecho justo, con un fundamento histórico suficiente, es decir, válido para la cultura jurídica de un tiempo, como por ejemplo el mundo moderno. El estudio de los valores que afloran progresivamente desde el tránsito a la modernidad, con las causas que los producen y que se podrían identificar con la tolerancia, con el pluralismo, con la libertad y la igualdad, es además del valor más permanente de la seguridad, como moral interna del Derecho, pueden completar unos contenidos

(35) Publicado en *Ethics*, en octubre de 1950.

(36) *Obra citada*, pp. 247 y 248.

(37) Del número de septiembre de 1951.

(38) *Obra citada*, p. 272.

materiales de justicia, con una racionalidad sólida. Junto a estos elementos, en el mundo moderno, por la especial relación entre Derecho y Poder, que se convierte en hecho fundante básico del fenómeno jurídico, se perfila también una justicia formal, basada en la participación de los ciudadanos en la formación del Poder y en las reglas del juego del ejercicio y del cambio del Poder. Esta teoría democrática de la Justicia, de la que, por otra parte participa Kelsen, se puede objetivar y analizar desde una perspectiva filosófica, es decir, racional, en una Teoría de la Justicia, parte central de la Filosofía del Derecho.

En todo caso, y sean cuales sean las observaciones y las críticas que pueda hoy merecer la indagación de Kelsen sobre la Justicia, sus trabajos son de enorme interés, y hay que reconocer el valor del profesor Calsamiglia al haberlos puesto a disposición del lector en lengua castellana. Todavía de esta materia, y del pensamiento político de Kelsen, existen trabajos inencontrables en castellano, como el referente al problema del parlamentarismo, o el trabajo sobre «El concepto de Estado y la psicología social, con particular referencia a la teoría de las masas de Freud», de los que existe, sin embargo, edición italiana del profesor Gavazzi (39).

Aún hay mucho que hacer, por consiguiente, para la necesaria traducción castellana de todos los trabajos relevantes, que son muchos, del profesor Kelsen. Esta edición del profesor Calsamiglia es un signo del buen camino.

(39) Vid., H. Kelsen: *La Democrazia*, con estudio preliminar del profesor Gavazzi, Il Mulino, Bolonia, 1955, 4.^a edición, 1981.